



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 68/24

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja  
JNEU: nein

BGB § 242 Cd, § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 3; BGB i.d.F. v. 31. Dezember 2001 § 633 Abs. 2 Satz 1, § 638 Abs. 1; AGBG § 9 Abs. 1 Bf, Cl

- a) Die Verjährung eines Kostenvorschussanspruchs des Bestellers gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB beginnt erst mit Abnahme der Werkleistung zu laufen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 = NZBau 2010, 768).
- b) Eine von einem Bauträger gestellte Vertragsklausel, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch drei aus der Mitte der Erwerber zu wählende Vertreter erfolgen soll, ohne dass dem Erwerber das Recht vorbehalten wird, das hergestellte Werk auf seine Abnahmefähigkeit zu überprüfen und die Abnahme selbst zu erklären, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG wegen unangemessener Benachteiligung der Erwerber unwirksam.

Für die Durchsetzbarkeit des Kostenvorschussanspruchs gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums gilt in diesem Fall eine zeitliche Obergrenze von 30 Jahren ab dem Zeitpunkt der infolge der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel fehlgeschlagenen Abnahme.

BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. August 2025 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Halfmeier sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 2. April 2024 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verlangt von der Beklagten einen Kostenvorschuss für Maßnahmen zur Beseitigung behaupteter Korrosionserscheinungen und Undichtigkeiten des Metall-Pulldachs der Wohnanlage F. in K. .
- 2 Bei der Wohnanlage handelt es sich um ein älteres Mehrfamilienhaus, das von der Beklagten grundlegend saniert und durch einen Anbau erweitert wurde. Der ursprüngliche Holzdachstuhl mit Ziegeleindeckung wurde abgetragen und durch ein Vollgeschoss mit Pulldach ersetzt. Die Dacharbeiten wurden im Sommer 1999 abgeschlossen und von der Beklagten gegenüber den Handwerkern abgenommen. Die Streithelfer der Beklagten waren bei dem Bauvorhaben als Architekten mit allen Leistungsphasen der Objektplanung beauftragt. Die insgesamt 31 Wohneinheiten und 9 Teileigentumseinheiten wurden seitens der Beklagten in den Jahren 1999 bis 2001

durch jeweils gleichlautende Bauträgerverträge veräußert, ein Keller erst im Jahr 2002 an den Erwerber der Wohneinheit 25.

3 In den anfangs geschlossenen Erwerbverträgen war in § 5 Nr. 4 jeweils vereinbart, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch drei aus der Mitte der Erwerber zu wählende Vertreter erfolgen solle. Zu diesem Zweck wurden zwischen Mai 2000 und Mai 2001 Abnahmebegehungen durchgeführt. Nach erklärter Abnahme wurden noch zwei Wohneinheiten (Einheiten 22 und 23) sowie ein Keller veräußert. Diese sogenannten Nachzügler-Verträge enthielten in § 5 Nr. 4 die Vertragsbestimmung:

*"4. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist erfolgt."*

4 Mit Beschluss vom 6. November 2017 zog die Klägerin die Geltendmachung von Mängelrechten in Bezug auf Mängel des errichteten Metall-Pultdaches an sich und ermächtigte die Verwalterin, Ansprüche gerichtlich geltend zu machen. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 22. November 2017 forderte die Klägerin die Beklagte erfolglos auf, Mängel am Dach bis zum 22. Dezember 2017 zu beseitigen. Im Jahr 2018 leitete die Klägerin wegen Mängeln des Daches ein selbständiges Beweisverfahren ein. Mit Schriftsatz vom 8. Januar 2020 forderte sie die Beklagte zur Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 292.000 € unter Fristsetzung bis zum 22. Januar 2020 auf.

5 Nachdem dies von der Beklagten verweigert worden war, hat die Klägerin Klage erhoben mit dem Ziel, die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Kostenvorschuss zur Beseitigung der im Gutachten der Sachverständigen M. vom 18. Dezember 2019 festgestellten Mängel am Dach des Gebäudes in Höhe von 292.000 € zu zahlen, und festzustellen, dass die Beklagte ihr jegliche weitere Kosten und Schäden zu ersetzen hat, die ihr durch oder im Zusammenhang mit der Beseitigung der aufgeführten Mängel und Mangelfolgeschäden am Gebäude über diesen Betrag hinaus noch entstehen.

6 Das Landgericht hat der Klage vollständig stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen.

7 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BauR 2024, 1230 veröffentlicht ist, hat - soweit für die Revision von Interesse - zur Begründung seiner Entscheidung Folgendes ausgeführt:

10 Zwar treffe es zu, dass die Leistungen der Beklagten nicht wirksam abgenommen worden seien, da die Abnahmeklauseln in den Bauträgerverträgen der Erwerber einer Inhaltskontrolle nicht standhielten. Nachdem zwischen dem Abschluss des letzten Erwerbsvertrags und der Übergabe des Kellers, der Gegenstand des letzten Erwerbsvertrags gewesen sei, und der Hemmung der Verjährung über 15 Jahre vergangen seien, könne die Klägerin aber keine Gewährleistungsansprüche mehr durchsetzen. Denn die Beklagte berufe sich unter diesen Umständen mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung.

11 Die Klägerin sei prozessführungsbefugt. Sie habe die Geltendmachung der Rechte wegen der im Streit stehenden Mängel durch Beschluss vom 6. November 2017 wirksam an sich gezogen.

12 Die formalen Voraussetzungen des geltend gemachten Kostenvorschussanspruchs seien erfüllt. Die streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche richteten sich nach dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht. Hinsichtlich der Erwerbsver-

träge, auf die aufgrund des Zeitpunkts des jeweiligen Vertragsschlusses unterschiedliche Fassungen des geltenden Rechts anzuwenden seien, sei im Ergebnis das für die Klägerin günstigere Recht zugrunde zu legen.

13 Eine wirksame Abnahme liege nicht vor. Das Landgericht habe die Abnahmeklausel in den Erwerbsverträgen zutreffend für unwirksam gehalten, was zur Unwirksamkeit der auf der Grundlage dieser Klausel erklärten Abnahmen führe. Hinzu komme, dass einige Erwerber ihre Erwerbsverträge abgeschlossen hätten, nachdem eine Abnahme bereits erklärt worden sei. Die in diesen Nachzügler-Verträgen verwendeten Abnahmeklauseln seien ebenfalls unwirksam. Eine unangemessene Benachteiligung setze voraus, dass die Abweichung vom dispositiven Recht Nachteile von einigem Gewicht begründe. Nach der gesetzlichen Regelung des Werkvertragsrechts stelle die Abnahme ein originäres Erwerberrecht dar. Dem einzelnen Erwerber dürfe deshalb grundsätzlich nicht die Möglichkeit genommen werden, selbst frei darüber zu entscheiden, ob er die erbrachten Leistungen als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkennen möchte. Danach liege eine unangemessene Benachteiligung der Erwerber vor. Die in den Erwerbsverträgen verwendete Klausel sei bei kundenfeindlichster Auslegung dahin zu verstehen, dass die Abnahme durch drei zu bestimmende Eigentümer unwiderruflich sein solle. Da sich aus der Klausel auch nicht eindeutig ergebe, dass sie einen Widerruf der Vollmacht nicht ausschließe, sei sie wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. Die nach dem Vortrag der Beklagten zwischen Mai 2000 und Mai 2001 erklärten Abnahmen wirkten daher nur für die Erwerber, die die Abnahmeerklärung abgegeben hätten. Genehmigungen der übrigen Erwerber lägen nicht vor.

14 Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei auch nicht konkludent durch Ingebrauchnahme und Nutzung der Wohnungen oder vollständige Entrichtung der nach den Erwerbsverträgen geschuldeten Zahlungen erklärt worden. Alle Vertragsparteien seien davon ausgegangen, dass die Abnahme bereits auf der Grundlage von § 5 Nr. 4 der Erwerbsverträge wirksam erklärt worden sei, was einer konkludenten Abnahme entgegenstehe. Die Zahlung des Restkaufpreises oder die Ingebrauchnahme der Wohnungen stelle sich nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont der Beklagten

nicht als Erklärung dar, das Gemeinschaftseigentum sei im Wesentlichen vertragsgerecht hergestellt worden. Eine konkludente Abnahme komme erst in dem Zeitpunkt in Betracht, an dem die Erwerber Kenntnis von der Unwirksamkeit der erklärten Abnahme erlangt oder Zweifel bezüglich der betreffenden Wirksamkeit bekommen hätten. Den Erwerbern sei eine - unterstellt ab Juli 2015 vorliegende - Kenntnis der Verwalterin von der Unwirksamkeit der Abnahme daher erst ab dem Zeitpunkt des Beschlusses der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer am 6. November 2017 zuzurechnen gewesen. Nach diesem Zeitpunkt seien jedoch keine Umstände festzustellen, aus denen sich eine konkludente Abnahme habe ergeben können.

15 Nach der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Rechtslage habe die fehlende Abnahme der Geltendmachung eines Mängelbeseitigungsanspruchs, auf dem der Aufwendungsersatzanspruch nach Ersatzvornahme und der daraus abgeleitete Kostenvorschussanspruch beruhe, nicht entgegengestanden. Nach der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Rechtslage könnten Mängelansprüche wie der Anspruch auf Kostenvorschuss grundsätzlich erst ab Abnahme geltend gemacht werden. Dem Verwender unwirksamer Abnahmeklauseln sei es jedoch verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Kostenvorschussanspruch mangels Abnahme noch nicht bestehe, weil sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde.

16 Das Landgericht gelange aufgrund der Beweisaufnahme zutreffend zu dem Ergebnis, dass die Leistung der Beklagten mit Mängeln behaftet sei. Die Bitumendachbahn zwischen Blechunterseite und Tragschalung sei fehlerhaft mit feuchtigkeitsaufnehmendem Material ausgeführt worden. An starren Löt Nähten der Entlüftungsrohre und Anschlussbleche bestehe das Risiko von Feuchtigkeitseintritten. Die Ausführung der Tragschalung mit kunstharzgebundenen Spanplatten habe bei Herstellung nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprochen. Das Anschlussblech des Aufzugsschachts sei mangelhaft ausgeführt worden. Hierfür seien Kosten in Höhe von insgesamt 292.000 € aufzuwenden.

- 17 Ein Abzug neu für alt sei nicht gerechtfertigt. Ein Vorteilsausgleich sei ausgeschlossen, weil die Beklagte mit der Mängelbeseitigung nur ihre vertragliche Verpflichtung zur Herstellung eines mangelfreien Werks erfülle. Der Vorschussanspruch enthalte zudem keine zu berücksichtigenden Sowieso-Kosten.
- 18 Die Ansprüche der Klägerin seien nicht verwirkt. Die Voraussetzungen einer Verwirkung seien nicht schlüssig dargelegt worden. Es fehle am Vorliegen des erforderlichen Umstandsmoments. Die Beklagte habe zwar vorgetragen, dass sie davon ausgegangen sei, nicht mehr wegen des Dachs in Anspruch genommen zu werden. Dass sie sich in irgendeiner Weise darauf eingerichtet habe in dem Sinne, dass sie im Vertrauen darauf Dispositionen getroffen habe, habe sie jedoch trotz ausdrücklicher Nachfrage des Gerichts nicht vorgetragen.
- 19 Die Beklagte berufe sich jedoch mit Erfolg darauf, dass der Durchsetzung der klägerischen Ansprüche die Einrede der Verjährung entgegenstehe. Dies gelte sowohl für Ansprüche aus Verträgen, auf die das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung anwendbar sei, als auch für Verträge, für die das ab dem 1. Januar 2002 geltende Recht maßgeblich sei.
- 20 Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aller Erwerber sei nach § 199 Abs. 4 BGB verjährt. Der letzte Erfüllungsanspruch sei im Jahr 2002 fällig geworden und die Verjährung habe mit Abschluss des letzten Erwerbsvertrags am 19. November 2002 zu laufen begonnen. Dem stehe nicht entgegen, dass zu diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche nach den §§ 634, 634a BGB mangels wirksamer Abnahme noch nicht zu laufen begonnen hatte. Die teilweise vertretene Auffassung, der Erfüllungsanspruch könne nicht früher verjähren als der nach Abnahme bestehende Anspruch auf Mängelbeseitigung als modifizierter Erfüllungsanspruch überzeuge nicht, weil in diesem Fall ein unverjährbarer Anspruch entstände, wenn - aus welchen Gründen auch immer - eine wirksame Abnahme nicht stattfinde. Dies wäre mit dem Zweck der Verjährungsvorschriften nicht zu vereinbaren.
- 21 Auch gegen die Mängelrechte der Klägerin erhebe die Beklagte mit Erfolg die Einrede der Verjährung. Die mit der Rechtsprechung zu unwirksamen Allgemeinen

Geschäftsbedingungen verbundene Begünstigung der Erwerber, zu deren Schutz sich der Verwender nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen dürfe, müsse nach Treu und Glauben in dem Zeitpunkt enden, in dem sowohl der objektiv bestehende Erfüllungsanspruch tatsächlich verjährt sei als auch ein Mängelanspruch auf der Grundlage der vermeintlichen Abnahme verjährt wäre. Erwerber, die einer unwirksamen Klausel ausgesetzt seien, müssten nach Treu und Glauben nicht weitreichender geschützt werden, als es die Erwerber selbst erwartet hätten und hätten erwarten dürfen. Danach seien spätestens mit dem 19. November 2012 die letzten Erfüllungsansprüche und die letzten auf der Grundlage der unterstellten wirksamen Abnahme in Betracht kommenden Mängelrechte verjährt, ohne dass die Verjährungsfrist zuvor gehemmt oder unterbrochen worden wäre.

- 22 Es entspreche nicht Treu und Glauben, wenn ein faktisch unverjährbares Recht geschaffen würde. Das nach § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen tretende Gesetz sehe nicht vor, dass ein Bauträger, der sich unbegrenzt nicht auf die Unwirksamkeit der von ihm gestellten Abnahmeklausel berufen könne, gegenüber Mängelansprüchen der Erwerber faktisch nicht mehr den Beginn der Verjährungsfristen herbeiführen könne, weil sein Werk nach einigem Zeitablauf nicht mehr in dem geschuldeten Zustand sei und die Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.
- 23 Die Einstandspflicht der Beklagten für Mängel könne aufgrund der unwirksamen Abnahmeklauseln jedenfalls nicht weiter reichen als eine Haftung im Fall eines arglistigen Verschweigens eines Mangels. Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche hätte im Fall eines arglistigen Verhaltens der Beklagten spätestens nach zehn Jahren begonnen und hätte gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 BGB spätestens fünf Jahre später geendet. Die Beklagte hätte daher selbst im Fall eines arglistigen Verschweigens eines Mangels längstens 15 Jahre für diesen Mangel eintreten müssen.
- 24 Auch die Ansprüche der letzten Erwerber, die ihren Erwerbsvertrag im Jahr 2001 und damit unter Geltung des bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Schuldrechts abgeschlossen hätten, seien verjährt. Auf Erfüllungsansprüche aus den vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Erwerbsverträgen seien die ab dem 1. Januar 2002

geltenden Verjährungsfristen gerechnet ab dem 1. Januar 2002 anzuwenden. Dies führe dazu, dass die 10-Jahresfrist des § 199 Abs. 4 BGB am 1. Januar 2012 abgelaufen gewesen sei. Die an die Haftung für arglistiges Verhalten angelehnte Höchstfrist mit einer unmittelbar vor Verjährung des Erfüllungsanspruchs beginnenden fünfjährigen Verjährung des Gewährleistungsanspruchs habe daher nicht länger laufen können als bis zum 1. Januar 2017.

## II.

25 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

26 Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Kostenvorschusses für Mängel am Dach nicht abgelehnt werden.

27 1. Die Klägerin ist für die ursprünglich den Erwerbenden der Wohnungseinheiten zustehenden Kostenvorschussansprüche, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, prozessführungsbefugt. Unstreitig hat die Klägerin die Vorschussansprüche, die sich auf Mängel am Dach des Gebäudes und damit auf Mängel am Gemeinschaftseigentum beziehen, vor Erhebung der Klage durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung vom 6. November 2017 an sich gezogen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 Rn. 32, BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 145; Beschluss vom 15. Februar 2023 - VII ZR 13/22 Rn. 1, ZfBR 2023, 342; Beschluss vom 1. Februar 2023 - VII ZR 887/21 Rn. 1, BauR 2023, 958; Urteil vom 11. November 2022 - V ZR 213/21 Rn. 18 ff., 24 ff., 30 ff., BauR 2023, 471 = NZBau 2023, 92) besteht bei einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Prozessführungsbefugnis, die sich wie hier aus einem vor dem 1. Dezember 2020 erlassenen Vergemeinschaftungsbeschluss ergibt, auch nach der Neuregelung der Ausübungsbefugnis in § 9a Abs. 2 WEG fort.

- 28            2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Kostenvorschusses für Mängel am Dach gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (im Folgenden: a.F.) (st. Rspr.: vgl. nur BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - VII ZR 108/08 Rn. 12, BGHZ 183, 366; Urteil vom 1. Februar 1990 - VII ZR 150/89, BGHZ 110, 205, juris Rn. 9 m.w.N.; grundlegend BGH, Urteil vom 2. März 1967 - VII ZR 215/64, BGHZ 47, 272, juris Rn. 35 ff.), soweit er auf Ansprüche von Erwerbern aus Erwerbsverträgen gestützt wird, die vor dem 1. Januar 2002 geschlossen worden sind, mit Erfolg die Einrede der Verjährung entgegenhalten, erweist sich als rechtsfehlerhaft.
- 29            a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass auf die Erwerbsverträge, auch soweit sie nach Fertigstellung der vereinbarten Bauleistungen geschlossen worden sind, Werkvertragsrecht Anwendung findet und es für die Begründetheit des geltend gemachten Kostenvorschussanspruchs ausreicht, dass mindestens einem Erwerber ein solcher Anspruch gegen die Beklagte zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 21 ff., BGHZ 210, 206; Urteil vom 21. Februar 1985 - VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, juris Rn. 13 ff.).
- 30            b) Die Klägerin hat die Beklagte mit der unter Fristsetzung erfolgten Aufforderung zur Beseitigung der Mängel am Dach des Gebäudes vom 22. November 2017 wirksam in Verzug gesetzt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte die Dachkonstruktion mit einer Bitumendachbahn zwischen Blechunterseite und Tragschalung erstellt, die mit feuchtigkeitsaufnehmendem Material ausgeführt worden ist. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob diese Art der Ausführung bereits im Jahr 1999 gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstieß und damit mangelhaft war oder ein solcher Verstoß erst ab dem Zeitpunkt der Ende 2000 in Kraft getretenen Neufassung der maßgeblichen DIN anzunehmen ist. Revisionsrechtlich ist daher das Vorbringen der Klägerin zugrunde zu legen, wonach die Ausführung der Bitumendachbahn mit feuchtigkeitsaufnehmendem Material bereits im Jahr 1999 nicht mehr den anerkannten Regeln der Technik entsprach und damit einen Mangel darstellte.

- 31 Allerdings kommt ein Schuldner nicht in Verzug, wenn er sich auf eine Einrede stützen kann, die ihm ein dauerndes oder wenigstens zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht gewährt. War der Verzug bereits eingetreten, bevor die Einrede entstand, so findet er mit deren Entstehung sein Ende (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 1988 - VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, juris Rn. 19 f. m.w.N.).
- 32 Der Anspruch der Klägerin auf Beseitigung der Mängel am Dach gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. ist indes durchsetzbar, er ist insbesondere mangels wirksamer Abnahme (dazu nachfolgend unter c)) nicht verjährt.
- 33 Nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB finden auf die am 1. Januar 2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung Anwendung. Nach der Rechtsprechung des Senats zu der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Rechtslage gilt für den Anspruch auf Mängelbeseitigung gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. - auch wenn dieser Anspruch vor Abnahme entstanden ist - die Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (bei Bauwerken fünf Jahre), deren Lauf nach § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. erst mit der Abnahme oder der endgültigen Abnahmeverweigerung beginnt. Die Vorschriften über die regelmäßige Verjährung gemäß §§ 195, 198 BGB a.F. finden danach auch auf vor der Abnahme entstandene Mängelansprüche keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08 Rn. 13 ff., BauR 2010, 1778 = NZBau 2010, 768). Da der Lauf der Verjährungsfrist mangels wirksamer Abnahme nicht begonnen hat, war der Anspruch der Klägerin auf Mängelbeseitigung gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. am 1. Januar 2002 nicht verjährt.
- 34 Maßgeblich für die Beurteilung der Verjährung dieses Anspruchs sind deshalb grundsätzlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung. Nach § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken - ebenso wie nach § 638 Abs. 1 BGB a.F. - fünf Jahre, beginnend mit der Abnahme. Diese Regelung gilt auch für einen - wie hier - vor Abnahme entstandenen Anspruch auf Mängelbeseitigung gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., der den Mängelansprüchen

zuzuordnen ist. Der Anspruch unterliegt danach - auch nach den seit dem 1. Januar 2002 geltenden Verjährungsregelungen - nicht der regelmäßigen Verjährung, § 200 Satz 1 BGB. Mangels wirksamer Abnahme hat der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist nicht begonnen, so dass der Anspruch der Klägerin auf Beseitigung der Mängel am Dach gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. nicht verjährt ist.

35 Nach § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB verjährt auch der Anspruch der Erwerber auf Kostenvorschuss gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB nach den vorgenannten Grundsätzen in fünf Jahren beginnend ab Abnahme des Werks.

36 c) Eine wirksame Abnahme durch die Erwerber liegt indes, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, nicht vor.

37 aa) Die in den Jahren 2000 und 2001 für die Erwerber ausdrücklich erklärten Abnahmen des Gemeinschaftseigentums haben die Abnahmewirkungen nicht herbeigeführt. Durch die in den Erwerbsverträgen vereinbarte Vertragsklausel, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch drei aus der Mitte der Erwerber zu wählende Vertreter erfolgen sollte, sind diese nicht wirksam ermächtigt worden, die übrigen Erwerber hinsichtlich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu vertreten. Die in den Erwerbsverträgen enthaltenen, von der Beklagten gestellten Abnahmeklauseln sind wegen unangemessener Benachteiligung der Erwerber unwirksam. Dies gilt sowohl für die in den Erwerbsverträgen vereinbarten Klauseln, nach denen die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch drei aus der Mitte der Erwerber zu wählende Vertreter erfolgen sollte, als auch für die in den sogenannten Nachzügler-Verträgen verwendeten Abnahmeklauseln.

38 (1) Nach § 9 Abs. 1 AGBG ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Letzteres ist der Fall, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 27, BGHZ

236, 96; Urteil vom 30. März 2017 - VII ZR 170/16 Rn. 17, BauR 2017, 1202 = NZBau 2017, 275 zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 AGBG und damit für die Bestimmung der für die Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung heranzuziehenden wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ist der Vertragsschluss (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 27, BGHZ 236, 96; Urteil vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13 Rn. 31 m.w.N., BGHZ 201, 363 zu § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

39            Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Dabei ist in erster Linie der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 29, BGHZ 236, 96; Urteil vom 9. Juli 2015 - VII ZR 5/15 Rn. 26 m.w.N., BGHZ 206, 203). Ist der Wortlaut nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 30, BGHZ 236, 96; Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 22, RdE 2022, 23). Dabei sind auch der Sinn und Zweck einer Klausel sowie systematische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Eine Formulklausel ist vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags zu interpretieren (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 30, BGHZ 236, 96; Urteil vom 8. September 2021 - VIII ZR 97/19 Rn. 23, RdE 2022, 23; Urteil vom 10. Juni 2020 - VIII ZR 289/19 Rn. 30, WM 2020, 1840).

40            Sind nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsregeln mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar, gehen Zweifel bei der Auslegung gemäß § 5 AGBG zu Lasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 30, BGHZ 236, 96; Urteil vom 5. Mai 2022 - VII ZR 176/20 Rn. 30, BauR 2022, 1337

= NZBau 2022, 648; Urteil vom 20. Juli 2017 - VII ZR 259/16 Rn. 19, BauR 2017, 1995 = NZBau 2018, 29 zu § 305c Abs. 2 BGB). Nach diesen Grundsätzen ist auch im Individualprozess gemäß § 5 AGBG die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese im Rahmen einer vorzunehmenden Inhaltskontrolle zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Vertragspartner des Verwenders begünstigt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 2023 - VII ZR 34/20 Rn. 30, BGHZ 236, 96; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 42, BGHZ 210, 206 zu § 305c Abs. 2 BGB, jeweils m.w.N.).

41           (2) Nach dieser Maßgabe lässt die Klausel über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums eine Auslegung dahingehend zu, dass die Erwerber nach dem Vertrag ausnahmslos verpflichtet waren, drei aus ihrer Mitte zu bestimmende Vertreter mit dieser Abnahme in ihrem Namen zu beauftragen. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Klausel. Danach "erfolgt" die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch drei "aus der Mitte der Käufer zu wählende Vertreter". Bei der Abnahme findet darüber hinaus eine gemeinsame Besichtigung statt, wobei "eine von beiden Vertragsteilen zu unterzeichnende Niederschrift gefertigt" wird. Dies kann von den Erwerbern ohne weiteres dahin verstanden werden, dass die gewählten Vertreter als Bevollmächtigte des jeweiligen Erwerbers die Abnahme vornehmen und die Niederschrift im Namen der Erwerber unterzeichnen. Einen Hinweis darauf, dass die Vollmacht widerruflich sein sollte, enthält die Klausel nicht. Vor diesem Hintergrund kann ihr jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung gemäß § 5 AGBG nicht entnommen werden, dass es sich insoweit lediglich um eine Option zugunsten der Erwerber handeln sollte und diese - nach Widerruf der Vollmacht - alternativ auch selbst die Abnahme des Gemeinschaftseigentums hätten durchführen können.

42           Mit diesem Inhalt hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nicht stand. Sie benachteiligt die Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie ihnen ihr nach § 640 Abs. 1 BGB zustehendes Recht entzieht, über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden, und ist damit unwirksam, § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Zwar kann der einzelne Erwerber einen Dritten mit der

Erklärung der Abnahme beauftragen. Dies muss aber seiner freien Entscheidung überlassen bleiben. Eine Vertragsklausel, die den Erwerber zwingt, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen von ihm zu beauftragenden Dritten vornehmen zu lassen und diesem eine unwiderrufliche Vollmacht zu erteilen, weicht erheblich von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, ohne dass die Interessen des einzelnen Erwerbers angemessen berücksichtigt würden. Denn ihm wird sein nach der gesetzlichen Regelung bestehendes Recht, das hergestellte Werk auf seine Abnahmefähigkeit zu überprüfen und die Abnahme selbst zu erklären, durch diese Klausel vollständig entzogen.

- 43 (3) Gleiches gilt für die in den Nachzügler-Verträgen verwendete Klausel, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt sei. Eine solche Klausel benachteiligt den Erwerber, wie der Senat bereits entschieden hat, entgegen Treu und Glauben unangemessen und ist daher nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 Rn. 34, BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 145; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 43 ff., BGHZ 210, 206).
- 44 bb) Auf der Grundlage der nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen und daher für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Feststellungen hat das Berufungsgericht weiter zu Recht die Auffassung vertreten, dass die Voraussetzungen einer konkludenten Abnahme durch die Erwerber nicht vorliegen. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.
- 45 d) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht von einem Ablauf der Verjährung für den geltend gemachten Kostenvorschussanspruch spätestens 15 Jahre, nachdem das fertiggestellte Werk durch den Unternehmer zur Abnahme angeboten wurde, auszugehen.
- 46 aa) Für eine Zusammenrechnung der in § 199 Abs. 4 BGB für den Erfüllungsanspruch und in § 634a BGB für Mängelrechte geregelten Verjährungsfristen mit der Folge, dass die Zusammenrechnung dieser Fristen eine Obergrenze für die Verjährung darstellt, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Da die Verjährung der Mängelrechte, zu denen auch der Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung

mit § 242 BGB gehört, in § 634a BGB gesondert geregelt ist, scheidet - wie ausgeführt (vgl. oben unter b) - ein Rückgriff auf die für sonstige Ansprüche geltende Vorschrift des § 199 Abs. 4 BGB grundsätzlich aus.

47 Dem Kostenvorschussanspruch der Klägerin gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB kann dabei auch nicht entgegengehalten werden, dass der Herstellungsanspruch der Erwerber gemäß § 631 Abs. 1 BGB nach den seit dem 1. Januar 2002 geltenden (kürzeren) Verjährungsregelungen gemäß § 199 Abs. 4 BGB in Verbindung mit Art. 229 § 6 Abs. 1, 4 EGBGB bereits verjährt wäre. Denn der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formularklausel ist es jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass es nicht zu einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums gekommen ist und deshalb der Herstellungsanspruch gemäß § 631 BGB verjährt wäre (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 Rn. 45, BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 145; Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13 Rn. 26, BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 57, BGHZ 210, 206; Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 Rn. 43, BGHZ 209, 128).

48 bb) Die Annahme, die Verjährung eines Anspruchs auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung beginne im Fall einer wegen einer unwirksamen Vertragsklausel nicht wirksam erklärten Abnahme gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB erst mit der Abnahme des Werks, verstößt nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip. Dieses gebietet allerdings, die Möglichkeit, Ansprüche gestützt auf lange zurückliegende Sachverhalte geltend zu machen, durch Verjährungsregelungen zeitlich zu begrenzen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. April 2021 - 1 BvR 176/15 Rn. 22 f., NVwZ-RR 2021, 649). An einer solchen Begrenzung fehlt es hinsichtlich des von der Klägerin geltend gemachten Kostenvorschussanspruchs gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB jedoch nicht, da dieser nicht generell den Verjährungsregelungen entzogen ist.

49 So hat der Unternehmer jederzeit die Möglichkeit, nach Herstellung der Abnahmereife eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums und damit den Beginn des Laufs der fünfjährigen Verjährungsfrist herbeizuführen. Nach § 640 Abs. 1 BGB ist

der Erwerber verpflichtet, das vertragsgerecht hergestellte Gemeinschaftseigentum abzunehmen, und kann der Unternehmer auf Erfüllung dieser Pflicht klagen. Die Beklagte kann mithin auch jetzt noch, nach Beseitigung der geltend gemachten Mängel, die Abnahme verlangen.

50 Die Herstellung der Abnahmereife ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil das Werk nach einem erheblichen Zeitablauf "gealtert" ist und der geschuldete neuwertige Zustand des Gemeinschaftseigentums vom Unternehmer jetzt nicht mehr hergestellt werden könnte. Denn die Herstellung eines neuwertigen Zustands können die Erwerber in der vorliegenden Konstellation nicht verlangen. Vielmehr ist die Vereinbarung der Parteien zu dem bei der Abnahme geschuldeten Gemeinschaftseigentum im Falle einer wegen einer unwirksamen Abnahmeklausel gescheiterten wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB in Verbindung mit § 242 BGB anzupassen. Die Parteien haben den Fall, dass die Abnahme wegen der Unwirksamkeit der Klausel scheitert und deshalb noch viele Jahre nach Übergabe des Werks ein Anspruch auf mangelfreie Herstellung bestehen kann, bei Vertragsschluss nicht bedacht. Hierauf beruht die Tatsache, dass das Werk inzwischen durch Zeitablauf gealtert ist und im Zeitpunkt einer nunmehr vorzunehmenden Abnahme nicht mehr neuwertig ist. Der Vertrag ist deshalb auf der Grundlage des hypothetischen Parteiwillens anzupassen, so dass darauf abzustellen ist, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 157/17 Rn. 30 m.w.N., BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524). Nach diesen Maßstäben hätten die Parteien redlicherweise vereinbart, dass die durch Zeitablauf und bestimmungsgemäße Nutzung ab der Übergabe des fertiggestellten Werks eingetretenen alterungs- und nutzungsbedingten Verschleißerscheinungen im Zeitpunkt der nunmehr vorzunehmenden Abnahme der Abnahmereife des Gemeinschaftseigentums nicht entgegenstehen. Denn die Erwerber haben seinerzeit mit der Übergabe des Objekts ein neuwertiges - wenn auch in Teilen mangelbehaftetes - Gemeinschaftseigentum erhalten und konnten dieses jahrelang wie vorgesehen nutzen.

- 51 cc) Schließlich kann dahinstehen, ob - was das Berufungsgericht annimmt - die Erwerber nach § 242 BGB gegen sich gelten lassen müssten, dass die Verjährung des Kostenvorschussanspruchs bei fehlender Abnahme aufgrund einer unwirksamen Abnahmeklausel jedenfalls nicht länger sein dürfe als im Fall eines arglistigen Verhaltens der Beklagten. Denn die Verjährung des geltend gemachten Kostenvorschussanspruchs wäre für den Fall, dass die Beklagte den zugrundeliegenden Mangel arglistig verschwiegen hätte, vor Klageerhebung ebenfalls noch nicht eingetreten.
- 52 Gemäß § 634a Abs. 3 BGB verjähren Mängelansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, jedoch nicht vor Ablauf der in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB bestimmten Frist. Da es an einer wirksamen Abnahme fehlt, ist die danach mindestens zu beachtende fünfjährige Verjährungsfrist, gerechnet ab Abnahme der Werkleistung (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Januar 2014 - 4 U 149/13 Rn. 13, NZBau 2014, 290; Messerschmidt/Voit/Moufang/Koos, Privates Baurecht, 5. Aufl., BGB § 634a Rn. 85-86; MünchKommBGB/Busche, 9. Aufl., § 634a Rn. 54; Mansel, NJW 2002, 89, 96), noch nicht abgelaufen.
- 53 e) Überdies gilt für die Durchsetzbarkeit des hier in Rede stehenden Kostenvorschussanspruchs - unabhängig von der oben aufgeführten Möglichkeit, eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums und damit den Beginn der fünfjährigen Verjährungsfrist herbeizuführen - eine zeitliche Obergrenze von 30 Jahren ab dem Zeitpunkt der infolge der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel fehlgeschlagenen Abnahme. Die aus dem Vorstehenden folgende Dauer der Haftung des Unternehmers für Mängel am Gemeinschaftseigentum ist auch deshalb unter Rechtsstaatsgesichtspunkten nicht unzumutbar.
- 54 Sofern sich diese Obergrenze von 30 Jahren nicht bereits aus einer Gesamtanalogie der gesetzlichen Regelungen zur Verjährung (vgl. § 197 Abs. 1, § 199 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 3a BGB, daran anknüpfend auch § 202 Abs. 2 BGB) ergibt, stünde der Durchsetzbarkeit der Ansprüche nach Ablauf dieses Zeitraums der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) in der Ausprägung des institutionellen Rechtsmissbrauchs entgegen. Aus den vorgenannten Verjährungsregelungen ergibt sich jedenfalls der Rechtsgedanke, dass der Gesetzgeber einen Zeitraum von maximal

30 Jahren - unbeschadet einer bereits zuvor eingetretenen Verjährung oder Verwirkung - als ausreichend ansieht, zur Geltendmachung eines Rechts verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen. Dies gilt ohne Rücksicht auf die Entstehung der Ansprüche und ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von seinen Rechten. Entsprechend darf der Erwerber, der sich auf die Unwirksamkeit einer vom Unternehmer gestellten Klausel über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums berufen kann, redlicherweise nicht erwarten, seine auf Mängel des Gemeinschaftseigentums gestützten Rechte noch nach mehr als 30 Jahren durchsetzen zu können.

55            Diese Frist ist im vorliegenden Fall hinsichtlich der infolge der vorgenannten Klauseln jeweils fehlgeschlagenen Abnahmen des Gemeinschaftseigentums noch nicht abgelaufen.

56            3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig, § 561 ZPO. Der von der Klägerin geltend gemachte Kostenvorschussanspruch ist, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, nicht verwirkt.

57            a) Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2014 - VII ZR 177/13 Rn. 13, BauR 2014, 839 = NZBau 2014, 237; Urteil vom 29. Januar 2013 - EnZR 16/12 Rn. 13 m.w.N., RdE 2013, 369). Die im Einzelfall vorzunehmende wertende Betrachtung der Gesamtumstände unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob das Tatgericht die maßgeblichen Tatsachen vollständig festgestellt und ge-

würdigt und ob es die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2023 - VII ZR 151/22 Rn. 38, BauR 2023, 1672 = NZBau 2024, 22; Urteil vom 8. Juli 2021 - I ZR 248/19 Rn. 28, NJW 2022, 52).

58            b) Nach diesen Maßstäben ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nach den Umständen nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Erwerber oder in Prozessstandschaft für diese die Klägerin einen Kostenvorschussanspruch wegen der Mängel der Dachkonstruktion des Gebäudes nicht mehr geltend machen würden, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Da die Erwerber aufgrund der von der Beklagten gestellten unwirksamen Vertragsklausel über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums irrtümlich davon ausgingen, Abnahmen des Gemeinschaftseigentums seien in den Jahren 2000 und 2001 erfolgt, ist die verspätete Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs durch die Erwerber hierdurch und daher letztlich durch ein vertragswidriges Verhalten der Beklagten veranlasst worden. Die Beklagte durfte aufgrund der durch die unwirksame Vertragsklausel begründeten Fehlvorstellung der Erwerber, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits stattgefunden hatte, nicht annehmen, dass nach Ablauf von fünf Jahren, nach denen die Erwerber ursprünglich von einer Verjährung ihrer Rechte ausgegangen waren, keine weiteren Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums gegen sie geltend gemacht würden. Ein dahingehendes Vertrauen der Beklagten ist nach den Umständen nicht schutzwürdig. Nach den nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte außerdem keine Umstände vorgetragen, aus denen sich entnehmen ließe, dass sie sich darauf eingerichtet hatte, von den Erwerbern nicht mehr wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums in Anspruch genommen zu werden, und im Vertrauen hierauf Dispositionen getroffen hatte.

59            Anhaltspunkte dafür, dass die Erwerber trotz Kenntnis der Unwirksamkeit der vereinbarten Abnahmeklauseln für einen erheblichen Zeitraum von der Wahrnehmung ihrer Rechte abgesehen hatten und die Beklagte dieses Verhalten dahin bewerten durfte, dass Gewährleistungsrechte gegen sie nicht mehr erhoben werden würden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Nach den nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Erwerber frühestens im

Zeitpunkt des Vergemeinschaftungsbeschlusses vom 6. November 2017 Kenntnis von der Unwirksamkeit der vereinbarten Abnahmeklauseln und war ihnen eine mögliche Kenntnis der Verwalterin der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zuzurechnen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 4. Juli 2014 - V ZR 183/13 Rn. 15 ff., MDR 2014, 1134). Entgegen der Auffassung der Revisionsbeklagten führt nicht allein der Ablauf eines Zeitraums von 15 Jahren dazu, dass der Verwirkungseinwand für begründet erachtet werden müsste. Ob Verwirkung eingetreten ist oder nicht, ist nicht anhand starrer Fristen, sondern jeweils nach den Umständen des gegebenen Einzelfalls zu beurteilen.

60           4. Der Senat kann in der Sache nicht gemäß § 563 Abs. 3 ZPO selbst entscheiden, weil die Sache nach dem festgestellten Sachverhältnis nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht hat bislang keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, dass die erbrachten Bauleistungen der Beklagten aufgrund der zwischen Blechunterseite und Tragschalung eingebrachten Bitumendachbahn mangelhaft sind und aus diesem Grund - unabhängig von den weiteren in Rede stehenden Mängeln des hergestellten Metall-Pultdachs - eine Mängelbeseitigung nur durch eine Neuherstellung des Dachs mit einem Kostenaufwand in Höhe von 292.000 € erfolgen kann.

61           a) Das Landgericht ist aufgrund des Gutachtens der Sachverständigen M. davon überzeugt gewesen, dass die Beklagte entgegen den zum Zeitpunkt der Ausführung der Leistungen im Jahr 1999 geltenden Empfehlungen der technischen Regelwerke zwischen Blechunterseite und Tragschalung des Dachs ein feuchtigkeitsaufnehmendes Material und nicht, wie nach den Fachregeln für das Klempnerhandwerk erforderlich, eine kapillarbrechende Wasserablaufebene ausgeführt hat, was zur Folge hat, dass Feuchtigkeit unter die Titanzinkdeckung gelangen und das Zinkblech von der Unterseite korrodieren kann. Dieser Mangel erfordere eine Erneuerung des streitgegenständlichen Pultdachs mit Rückbau des Metaldachs und der Schalungsbahn sowie Neuaufbau des Dachs, wofür Kosten in Höhe von 292.000 € anfielen.

62           b) Das Berufungsgericht hat demgegenüber offengelassen, ob - wie die Beklagte behauptet hat - das erstellte Dach im Zeitpunkt der Herstellung der Leistungen den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprochen hat und die von der Sachverständigen zugrunde gelegten Fachregeln erst nach der Ende des Jahres 2000 in

Kraft getretenen Neufassung der maßgeblichen DIN als allgemein anerkannte Regeln der Technik zu beachten waren.

- 63 c) Auf dieser Grundlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe jedenfalls den Erwerbern der Wohneinheit 22 die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik geschuldet, die im Zeitpunkt des Abschlusses ihres Erwerbsvertrags am 21. November 2001 galten, diesen Erwerbern stehe dem Grunde nach ein Kostenvorschussanspruch in Höhe von 292.000 € zu, von Rechtsfehlern beeinflusst.
- 64 aa) Die Auslegung von Willenserklärungen ist grundsätzlich Angelegenheit des Tatrichters. Eine revisionsrechtliche Überprüfung findet allerdings dahin statt, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht. Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen zählt der Grundsatz der beiderseitigen interessengerechten Vertragsauslegung (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2017 - VII ZR 65/14 Rn. 22, BGHZ 217, 13; Urteil vom 31. August 2017 - VII ZR 5/17 Rn. 24, BauR 2018, 99 = NZBau 2017, 718; Urteil vom 22. Oktober 2015 - VII ZR 58/14 Rn. 15 f., NZBau 2016, 213, jeweils m.w.N.). Diese Maßstäbe hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt.
- 65 bb) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts handelte es sich bei dem am 21. November 2001 geschlossenen Erwerbsvertrag um einen sogenannten Nachzügler-Vertrag, der nach Herstellung des Gebäudes geschlossen worden ist.
- 66 Zwar ist in der Regel davon auszugehen, dass der Unternehmer dem Besteller stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik verspricht. Entspricht die Werkleistung diesen nicht, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12 Rn. 9, BauR 2013, 952 = NZBau 2013, 295; Urteil vom 21. April 2011 - VII ZR 130/10 Rn. 11 m.w.N., NZBau 2011, 415). Nachzügler-Verträge, bei denen der Unternehmer gegenüber dem

Erwerber eine Herstellungsverpflichtung nicht für ein noch herzustellendes Werk, sondern für ein bereits hergestelltes Werk übernimmt, sind im Regelfall dahin auszulegen, dass sich dieses Versprechen auf den Zeitpunkt der Herstellung des bereits vorhandenen Werks bezieht. Der Erwerber darf die Vertragserklärung des Unternehmers, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten, nicht dahin verstehen, dass dieser sich zur Herstellung eines von dem bereits bestehenden Werk abweichenden Werks verpflichten will. Er erwirbt - für ihn erkennbar - eine bereits fertiggestellte Wohneinheit, die die im Erwerbsvertrag vereinbarte Beschaffenheit aufweisen muss und die der Unternehmer nach den geltenden allgemein anerkannten Regeln der Technik auszuführen hatte.

67 Eine Verpflichtung der Beklagten gegenüber den Erwerbern der Wohneinheit 22, bei Abschluss des Erwerbsvertrags die in diesem Zeitpunkt geltenden allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten, kann dem Erwerbsvertrag vom 21. November 2001 nicht entnommen werden. Da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat die Auslegung des Erwerbsvertrags vom 21. November 2001 selbst vornehmen. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen wurde sämtlichen Erwerbsverträgen der in Bezug genommene Mustererwerbsvertrag zugrunde gelegt. Aus der Bezugnahme auf eine Baubeschreibung des Architektenbüros H. vom 26. Januar 1999 in § 1 3. c) des Erwerbsvertrags, in der Art und Umfang der von der Beklagten zu erbringenden Bauleistungen niedergelegt waren, kann nicht abgeleitet werden, dass sich die Beklagte zur Erbringung der dort beschriebenen Leistungen unter Beachtung der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 21. November 2001 geltenden allgemein anerkannten Regeln der Technik verpflichten wollte. Dagegen spricht insbesondere, dass nach der vertraglichen Regelung in § 5 Nr. 4 die bereits erklärte Abnahme für die Nachzügler-Erwerber verbindlich sein sollte. Da sich die Erwerbsverträge sämtlicher Erwerber auf dasselbe Bauwerk beziehen und auch gleichlautende Erwerbsverträge geschlossen wurden, durften die Nachzügler-Erwerber die Vertragserklärung der Beklagten unter Berücksichtigung des Interesses der Beklagten, sich zur Herstellung nur dieses Bauwerks verpflichten zu wollen, nicht dahin auslegen, dass die Beklagte ihnen gegenüber eine

weitergehende Herstellungsverpflichtung übernehmen wollte als gegenüber den übrigen Erwerbern.

68           5. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem die Möglichkeit zu geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

### III.

69           Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

70           Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne den geltend gemachten Kostenvorschussanspruch gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB auch auf den am 19. November 2002 geschlossenen Vertrag über den Erwerb eines Kellers durch den Erwerber der Wohneinheit 25 stützen, wird von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen. Das Berufungsgericht hat Tatsachen dafür, dass aufgrund dieses Vertrags zugunsten des Erwerbers des Kellers ebenso wie der Erwerber der Wohnungseigentumseinheiten ein Herstellungsanspruch bezüglich des Gebäudes gegen die Beklagte begründet wurde, nicht festgestellt. Der Vertrag über den Erwerb des Kellers ist nicht vorgelegt worden. Nach dem von der Klägerin in erster Instanz vorgelegten Mustererwerbsvertrag, der sämtlichen auf den Erwerb von Wohnungs- und/oder Teileigentum gerichteten Erwerbsverträgen zugrunde lag, ist das Wohnungseigentum jeweils mit einem bestimmten Miteigentumsanteil am Gemeinschaftseigentum entsprechend der in der Teilungserklärung bezeichneten Wohneinheiten und unter Bezug-

nahme auf die Baubeschreibung veräußert worden. Eine Mitveräußerung eines Kellerraums wird in dem Mustererwerbsvertrag dagegen nicht erwähnt. Der Inhalt der Teilungserklärung ist ebenfalls nicht festgestellt worden.

Pamp

Halfmeier

Graßnack

Sacher

Richterin am  
Bundesgerichtshof Dr. Brenneisen ist an der Beifügung ihrer Signatur gehindert, weil ihr keine funktionsfähige Signaturkarte zur Verfügung steht.

Pamp

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 26.01.2023 - 12 O 340/21 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 02.04.2024 - 10 UU 13/23 -

Verkündet am:

26. März 2026

Olovic, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle